POR EL CONVENTO DE MONJAS DE SANTA Clara de la Villa de Alcalà de Guadayra,

CON

DOÑA AGUSTINA DE Auila Villauicencio,

EN

El pleyto de acreedores de Bernardo de Tobar ſu padre,

PARA

Que ſe declare, la ſuſodicha no ſer acreedora, y eſtar pagada, y ſatisfecha de el aſſerto credito porque ha pretendido ſer acreedora a eſte pleyto, y como tal fue pueſta en ſu graduacion.

N.1. EN el hecho se presupone, que entre los acreedores oppositores a este pleyto, lo fue D. Agustina, diziédo que lo era por la legitima de D. Petronila de Auila su madre, como vna de sus hijos, y herederos, y que como tal auia de ser pagada, y graduada en su concurso.

2 Lo segundo tambien se presupone, que por clausula de testaméto, debaxo de cuya disposicion murio el dicho Bernardo de Tobar, otorgada en 31. de Mayo de 1630. dispuso, y ordenò la clausula del tenor siguiente: que està en estos autos fol. 651.

Clausula del testamento de Bernardo de Tobar.

3 *ITem declaro, que yo casé a la dicha Doña Agustina de Auila mi hija, con Alonso de Medina Procurador que fue de la Real Audiencia de esta Ciudad, y le di en dote la cantidad que parecerá por la carta de dote que de ello ay: y el susodicho fallecio sin dexar hijos, y por su fallecimiento huuo pleyto a los bienes que de el quedaron, entre la dicha doña Agustina, por auerla dexado por heredera de palabra, y entre vn hermano del dicho Alonso de Medina, que pretendio ser su heredero ab intestato; Y en el dicho pleyto se mandò, que boluiesse, y restituyesse la dicha dote, y arras, y con esso huuiesse cumplido, en cuya conformidad, yo recibi, y cobrè, por la dicha mi hija, todo lo que procedio de la dicha dote, y arras, y yo lo tuue en mi poder, sin que en el de la dicha mi hija entrasse cosa alguna, porque todo se vendio, y se pagò en dineros: Y despues la bolui a casar segunda vez con Pedro Parejo, y le entreguè por su dote la cantidad de marauedises que por la dicha dote parecerá; y el dicho entrego hize de bienes de la dicha mi hija, de los que auian entrado, y tenia en mi poder de la dicha primera dote, y entre ellos fuerõ las mejoras de vnas casas, y corral en las Peñuelas, y otras en la calle de las Cabeças, apreciadas en quatrocientos y cinquenta ducados, que eran las mismas que auia entregado yo en dote con el dicho Alonso de Medina; Y assi, solo lo que la dicha mi hija ha recibido de mi por bienes de la legitima de su madre, y mia, es, lo que monta la dicha dote de el dicho Pedro Parejo, y no otra cosa alguna, y assi lo juro a Dios y a la Cruz en forma de derecho: Y assimesmo declaro, que*

antes

antes que el dicho Pedro Parejo falleciera, me boluio a ceder las dichas mejoras de dichas casas y corral, que le auia dado en la dicha dote, y le boluí el aprecio de ellas, menos cien ducados, y por fallecimiento de el dicho Pedro Parejo, de los bienes que de el quedaron al tiempo de su muerte, la dicha mi hija huuo, y cobró, la dicha su dote y arras, y quedaron, y sobrarō mas de trecientos ducados en dineros, para Alonso Parejo, su hyo, y heredero, los quales entraron en mi poder, y lo estuuieron, hasta que la dicha mi hija se casó tercera vez con Agustin Muñoz, al qual le entreguè por bienes de su dote, la cantidad que parecerà por la dicha carta de dote, è yo le entreguè los dichos trecientos ducados que tenia en mi poder del dicho mi nieto, de la legitima del dicho Pedro Parejo su padre, por mas aumēto de dote de la dicha mi hija; Y porque esto quede con claridad, y se sepa en todo tiempo la verdad, y nadie quede defraudado de sus bienes, ni mi anima pene por ello, sino que quede descargada mi conciencia, declaro que lo contenido en todas estas clausulas es cierto, y verdadero.

4 Lo tercero se presupone, que como *relatum est in referente cum omnibus suis qualitatibus*, l. asse toto, ff. de hæredibus instituendis cum vulgatis, y esta clausula se refiere a la de la carta de dote, que el testador dio, y pagò a Alonso de Medina primero marido de Doña Agustina (aunque aora vltimamente, y auiendo procurado encubrirla en su declaracion la susodicha) ha parecido, y auer sido otorgada en veinte y seis dias del mes de Iulio de mil y seiscietos y quatro años, en la qual ay la clausula del tenor siguiente.

Clausula de la carta de dote de Alonso de Medina, primero marido de Doña Agustina.

5 *Y En esta dicha dote que vos assi doy, entra, y se comprehende la legitima, y herencia que a la dicha mi hija le pertenece, de la dicha Doña Petronila de Auila, su madre difunta, y de sus hermanos difuntos, y lo demas por quenta de la legitima, y futura sucession que de mi le pertenece, como a vna de mis hijas, y herederas.*

6 Lo quarto se presupone, que como tambien es parte de la dicha clausula, todo aquello que refiere; & iuris censura est

est in referente, parece a ser que en vida de el dicho Alonso de Medina, tornaron a hazer cierta composicion en razon de la dicha dote, en la qual entrò la dicha Doña Augustina, y passò en dos de Setiembre de 1604. q̃ està enlos autos presentados en el Acuerdo, y en que ay las clausulas del tenor siguiente.

Primera Clausula.

7 *EL dicho mi suegro, me diò, y entregò en dote, y casamiento con la dicha su hija mi muger, ciertos bienes, y entre ellos vnas mejoras de casas, e yo estoy desposado, y velado en faz de la Santa Madre Iglesia, con la dicha mi esposa; y es assi que despues acà, yo he visto las dichas casas que assi me prometieron, y auiendolas visto, hallo que el precio en q̃ se me dieron apreciadas, es muy excessiuo, y que no valen los quatro mil y quinientos reales en que fueron apreciadas, y sobre ello pretendia mouer pleyto, y demas de esso pretendo que algunos de las ditas que se me dieron no son buenas, y su cobrança es larga, y por esta causa, y porque yo al presente estoy de acuerdo de comprar vn oficio de Procurador de la Real Audiencia de esta Ciudad para lo vsar, por lo qual he pedido al dicho mi suegro tome en si las dichas casas, como de antes las tenia, y me dè los dichos quatro mil y quinientos reales de su valor en contado, con mas cinco mil y quinientos y quatro reales del valor de quatro ditas que de yuso yran declaradas, que me dio, y adjudicô en la dicha dote, que ambas partidas mõtan nueue mil y seiscientos y quatro reales, y el dicho Bernardo de Tobar, por me hazer bien, y merced, y para el dicho efecto, tiene por bien de acudirme con los dichos nueue mil seiscientos y quatro reales, con mas seiscientos reales que me dâ en aumento de la dicha dote, en contado, y vestidos, q̃ todo lo recibo en presencia del Escriuano publico, y testigos, &c.*

Segunda Clausula.

8 *POr tanto por esta presente carta, aprobando como aprueuo, y ratifico, la dicha escriptura de dote, en todo aquello que no es contrario a esta, declaro que la dote que tengo recibida con la dicha mi esposa, son los dichos diez y nueue mil ciento y cinquenta y vn reales, y de ellos le otorgo carta de dote, con las mesmas obligaciones, restituciones y promessas, y manda de arras, que en la dicha primera escriptura se declara.*

Tercera

Tercera Clausula.

9 *E Despues de lo susodicho, en la dicha Ciudad de Seuilla, este dicho dia dos de Otubre de 604. yo el dicho Escriuano publico yuso escripto, de pedimiẽto del dicho Bernardo de Tobar, leî la dicha escriptura a D. Agustina de Auila Villauicencio, muger del dicho Alonso de Medina, la qual auiendola oydo, y entendido, y con licencia que pidio al dicho Alonso de Medina su marido, y el se la concedio; Dixo que aceptaua, y tenia por bien lo contenido en la dicha escriptura, y agradecio al dicho su padre, y tuuo en merced, la que por la dicha escriptura haze al dicho su marido, y ha por bien, que disponga de las dichas dos pares de casas que le prometio en dote a su libre voluntad, como de cosa suya, bien assi como si no se las huuiera mandado, y se obligó de lo auer por firme, so expressa obligacion de su persona, y bienes auidos, y por auer, y lo firmó de su nombre, juntamẽte con el dicho su marido, a quien doy fe que conozco.*

10 Lo quinto se presupone, que por muerte del dicho Alonso de Medina, y para cobrar de sus bienes la dicha dote, Doña Agustina dio poder bastante a Bernardo de Tobar su padre, y en virtud de el la cobrò, como parece de los mesmos autos presentados en el Acuerdo, en que ay la clausula del tenor siguiente.

Clausula de la cobrança de esta dote.

11 *TOdos los quales dichos bienes se vendieron por mandado de los señores Regente y Oydores, de consentimiento de las partes, en las dichas cantidades suso referidas, que todo montô nueue mil quatrocientos y sesenta y tres reales, los quales en mi presencia de que doy fe, se entregaron a Bernardo de Tobar en nombre de Doña Agustina de Auila su hija, muger q̃ fue de Alonso de Medina, Procurador que fue de esta Real Audiencia, y en virtud de su poder, que estâ en el pleyto, de que el susodicho se dio por entregado a su voluntad, en reales de contado, de cuyo entrego, yo el dicho Fernando de Silva Lezcano doy fe, porque passò en mi presencia, y se le entregaron en ella, y quedaron en su poder, los quales el susodicho recibio en nombre de la dicha su hija, y por quenta de la dicha dote.*

12 Lo sexto se presupone, y es caso constante por este pleyto, y que lo confiessa, y pide assi, que en virtud de esta relacion

 cion

cion,la dicha Doña Agustina por su peticion fol.854.adonde se hallan a la letra las palabras siguientes,que aunque no huuiera otra cosa bastàran para confession de ello,ex regula textus in.l.cùm præcum,C.de liberali causa.

Peticion de Doña Agustina.

13 *Y Assimesmo diez mil ducados antes mas que menos,que montarō los bienes del dicho Bernardo de Tobar, multiplicados durante el matrimonio,cuya mitad tocaua a la dicha D. Petronila: En todos los quales dichos bienes,mi parte sucedio como vna de quatro herederos en la quarta parte de ellos;porque aunque quedaron ocho hijos al tiempo,y quādo la dicha Doña Petronila fallecio,los quatro de ellos murieron luego muy pequeños,cuyas partes como herencia materna ,pertenecieron a los quatro,y el dicho Bernardo de Tobar tuuo obligacion a reseruarselos,por quanto despues contraxo otro matrimonio.*

14 His in facto suppositis,aunque la alegacion de derecho, que ha dado la parte contraria,es sumamente confusa , y a bulto,y bien contra lo que enseñò el Principe delos Oradores lib.1.de oratore,in hæc verba: *Non sufficit inuenire, quæ dici possint,nisi inuenta ordine,atque iuditio dispensentur*; procuraremos (con la breuedad possible)reduzirlo a orden,y metodo cōueniente,y fundarèmos los Articulos siguientes: El primero,que no tiene,ni jamas ha tenido D. Agustina,derecho alguno para lo que menos bien pretende por este Articulo: El segundo,que aun quando(sin perjuyzio de la verdad) lo huuiera tenido,estuuiera prescripto, y fuera de tiempo de poder ella pedir en esta razon cosa alguna : El tercero , que no tiene fundamento la pretension de que se aya de imputar al Conuento por quenta de su credito,el riesgo de la baxa de la moneda: De singulis ergo sigillatim videamus oportet.

Primus Articulus.

15 S*Olutione eius quod debetur omnis tollitur obligatio.* §.1.instituta quibus modis tollitur obligatio. Y como Doña Agustina se pretende arrogar nombre de acreedora de su padre, por la legitima de su madre,se repele facilmente con el instrumen-

trumento, adonde ha quarenta años que se le pagò, y la lleuò en dote cō Alonso de Medina su primero marido, de quiē (dissuelto el matrimonio) la cobrò, y su Procurador en su nombre.

16 A vna repulsa tan clara como esta, el Abogado de Doña Agustina pretende responder con alegacion de diuersas leyes, y consideraciones, que llama de derecho, y son bien remotas de el, como se verà por lo siguiente.

Prima Replicatiò.

17 DIze (o por lo menos dezia antes de los instrumentos presentados en el Acuerdo) que en aquella carta de dote, otorgada entre Bernardo de Tobar, de la vna parte, y Alonso de Medina su yerno, de la otra, no entrò, ni interuino Doña Agustina, hija del vno, y muger del otro, verdadera acreedora de esta legitima, y que consequentemente no huuo paga que pudiesse parir liberacion en fauor de el vno, y en perjuyzio de la otra; de que dize que es texto decisiuo, y en terminos, l. vxorem 41. §. pater de legatis tertio, y que tambien es muy a proposito la. l. profectitia, §. si pater, ff. de iure dotium, y que el mejor texto que se puede alegar en la materia, es la. l. fin. C. de dotis promissione, en cuya especie dize que se prueba *que no basta que el padre diga en la dote de su hija, que se la dâ de bonis paternis, & maternis, aunque le sea su deudor de la legitima materna, y que todavia no por esso queda libre del credito de ella, sino es que ella consienta expressamente en la protesta*, para q̄ alega copia de authores, que no sè si lo dizen asi; Pero importàra poco que lo dixeran, quando el mesmo Iustiniano me dize a mi lo que abaxo se dirà.

Confutatiò.

18 DE los dos primeros de estos textos que se alegan, para conuencer de menos apta, y a proposito su alegacion, bastaua considerar, que la question, y punto de este pleyto era, *Vtrûm el padre que tiene bienes maternos, o aduenticios en su poder, de la hija que casa, dandole dote de ellos mesmos, se libre de esta obligaciō?*

Y esta duda nunca pudo suceder en tiempo de los Digestos en el qual no tenia, ni podia tener, la hija in potestate, bienes en que tuuiesse dominio, porque en el instante los adquiria el padre, en fuerça de este potissimo efecto que la ley daua a la patria potestad, l. placet, ff. de adquirenda hæreditate, notatur in l. frater à fratre, ff. de conditione indebiti; y assi en el mesmo instante de la adquisicion de qualesquiera bienes (sin residir ninguno en el dominio de el hijo de familias) se adquiria a su padre, textus elegans in dicta. l. placet, ibi: *Confestim adquiri ei, cuius in potestate est; neque momento aliquo subsistere in persona eius, per quem adquiritur: & sic adquiri ei, cui adquiritur.* Y assi esta question nacio, porque, y despues que nacio el derecho del Codigo, y la constitucion del Emperador Iustiniano, el qual (abrogando el derecho delos Digestos en esta parte) dio lugar a que los hijos de familias, in potestate patris existentes, fuessen capazes de tener de bienes aduenticios propriedad, reseruando todavia el vsufructo a sus padres, durante la patria potestad: y aora (supuesta esta ley de Iustiniano) entrò la question de la. l. final, C. de dotis promissione, que es del mesmo Iustiniano, è ya (*porque eius est interpretari, cuius & condere*) tratò de la decision de la duda, que cerca de su mesma constitucion, auia ocurrido; de qua infra latius suo loco dicendum est.

19 Hoc supposito, la. l. vxorem, §. naturalis de legatis 3. no se puede aplicar a este caso, porque habla de padre natural; y este es de legitimo: habla de padre, que no tenia obligacion a dotar, por la razon dicha, que es la que hazia dificultad: habla de padre, que no como padre, ni en su nombre, sino como estraño, en nõbre de su hija, prometio, ò diò la dote a su yerno: y en esta conformidad dize ibi; *Non mandatu mulieris*: pero suponese, que nomine mulieris, y a esso responde: *Si nec ratam habuisset dotem datam*: lo contrario es ordinario en las dotes, que dan los padres: habla de tiempo, y de persona, que si no es de aquella manera, *o interueniente mandato*, o (eius loco) ratihabitione, no podia obrar el padre, sino como qualquiera estraño, acà se habla de padre con hija in patria potestate, que no auia menester poder para obligarla, y disponer por ella: y finalmente, porque (como està dicho)

aun-

aunque estuuieramos en los puros terminos circunstanciados d aquel §. y fuera necessario la rathihabició, ella interuino, y consta por los recaudos presentados en el Acuerdo, adonde Doña Agustina tuuo entera, y bastante noticia, y sciencia, de la dote, que su padre con ella auia dado, a Alonso de Medina su primero marido, y de que bienes, y calidades, que tenia: porque bien se presume auer todo lo contenido en vn instrumento, qui facit mentionem de instrumento, Surdus cons. 4. n. 46. mayormente, q̃ lo aprueba, y acepta como en el se contiene, y rinde las gracias a su padre, por la merced, y beneficio, que en ello le hizo; que fue muy grãde, como abaxo se dirà.

20 Y demas de esto, no solamente à parte ante; sino tambiẽ à parte post; interuino esta rathihabicion, en virtud del poder que dio a su padre para cobrar esta dote de los bienes, y herederos de su marido difunto, por ser, como es, doctrina llana, y assentada, que el que cobra, ò dâ poder para cobrar el precio, ò procedido de algun contrato, por el mesmo hecho lo ratifica, y aprueba, y pide su execucion, *Cùm rathihabitio magis facto, quàm verbis explicetur*; l. nõ tantùm, ff. rem ratam haberi, l. de quibus, ff. de legibus cum vulgatis, y asi verum est dicere, *que aun en caso que fuera menester rathihabicion de Doña Agustina, esta interuino en el caso presente*: y consequentemente, antes se retuerce contra ella la alegacion de este §. pater naturalis.

21 De la mesma manera no es de el proposito, ni de el tiempo la alegacion de el otro §. si pater, de la ley profectitia, de iure dotium, porque en el tiempo de aquella ley no auia, ni se conocian bienes aduenticios, ni que de este nombre tuuiessen los hijos de familias en poder de sus padres, aunq̃ bien auia dotes aduenticios; por auer quien quisiesse dotar a las hijas de sus bienes proprios, que no fuesse el padre que las auia engẽdrado; y asi solo en este caso auia la diferencia de dote, aduẽticia, y profecticia, que en aquel tiempo era muy considerable para el modo, y forma de la restituicion, y a quien y como auia de ser restituida, o estipulada, de que ay tan grandes controuersias, como parece largamente de los textos, y derechos, que en esta razon dispo-

nen, y de lo que los authores en ello largamente escribierõ, & videre est apud Fabrum libro.13.de coniecturis, c.1.cum sequentibus: Pero lo que es cierto, que no pudo seruir nunca la alegacion de aquellas leyes para el punto, y materia de este pleyto, que tantos años despues con la nueua disposicion de Iustiniano, en el titulo C.de bonisque liberis, dio lugar a que se pudiesse tratar de esta cõtrouersia, y no antes.

22 El tercero texto que se alega, es ya de la materia, y de el tiempo de la disputa de este pleyto, porq̃ como està dicho, fue originada por el mesmo Emperador Iustiniano en el titulo C.de dotis promissione, ya despues, y cõsuposicion de lo que èl mesmo auia dispuesto en el titulo C.de bonis, quç liberis, y el Abogado de Doña Agustina dize, *Que en su especie se prueba, que no basta, que el padre quando dota a la hija, siendo deudor de su legitima materna, diga, que la dota de bonis paternis, & maternis; y que todavia no queda libre della, y que se la puede pedir su hija, si no consiente expressamente en la protesta de su padre*; y assi dize, que lo resuelue copiosamente Mascardo, y gran caterua de authores que con este alega; Para lo qual dize, que la razon de dudar de aquel texto, fue, porq̃ el padre le entregò la dote a la mesma hija, y que estas son sus palabras, ibi: *Si pater dotem filiæ, vel donationem propter nuptias filio dederit, vel promisserit.*

23 En lo qual (liceat ita loqui) era el Abogado, no solo digno de nota, y reprehensiõ, sino de multa, pues corrompe las palabras del texto, que no son como las transcribe en su papel, sino totalmente al contrario, y que el padre no dio, ni entregò la dote a la hija, sino por la hija a su yerno, vt patet ibi: *Si pater dotem pro filia simpliciter dederit.*

24 Lo segundo es tambien digno de reprehension, en quanto dize, *Que el texto prueba, que no basta que el padre diga, que dota a su hija, de los bienes paternos, y maternos, siendo deudor de la legitima materna, y que aun entonces no queda libre de ella.* In primis, porque no fue esta la forma de la dote presente, como luego se dirà, y el texto no solamente prueba, antes supone por indubitable, que si el padre dixere expressamente, *que dota a su hija, de los bienes de la legitima materna*, no quedarà obligado a cosa alguna: Y esto se conuence bien por la question que pone, videlicet, quando el padre indistintamente, sin acordarse, ni men-

mencionar, legitima paterna, ni materna, dota a su hija, q̃ es lo que prueban aquellas palabras: *Si pater dotem pro filia simpliciter dederit*: Y tambien las inferiores, ibi: *Poterat enim, &c.* donde muestra que en el texto no ay question de defecto de potestad; sino de conjectura de voluntad, y assi en terminos de aquel texto es verdadera resolucion, que si el padre simple, y claramente dixere: *Doto a mi hija, de tales bienes de su legitima materna*, como en cosa clara, no ay lugar de conjeturas, y que no le queda deudor de tal legitima, docuit Bartulus in l. mulier, § proponeretur, n. 3. ff. ad Trebelianum, & iterum in authentica res quæ, n. 6. C. cõmunia de legatis, sequitur Iason, in §. fuerat, n. 110 instituta de actionibus, quem transscribit Palacius in repetitione capituli, notabile 3. § 13. n. 5 Alciatus libro 8. parergon. ca. 3. & de præsumptionibus, præsumptione 26. & in. l. prima, n. 66. ff. soluto matrimonio, vbi Nouelus, n. 70. Duarenus in Rubrica illius tituli, titulo de dote, cap. 3. Conanus libro 8. c. 8. n. 7. Corrasius in. l. qui liberos, n. 96. ff. de ritu nuptiarum, optimè Vulgarinus, in repetitione dictę legis primę, ff. soluto matrimonio, num. 24 Y (dexados a parte los muchos, y solidos fundamentos con que prueban esta verdad) por aora me contentarè con la põderacion de la mesma ley final, C. de dotis promissione, retorciendola contra el Abogado contrario, que tan indebidamente la pretende alegar por su parte: la qual, como se acaba de tocar, in principio, & in fine, non tam probat, quã probatũ supponit, quod si pater speciatim declaret *se dotare de bonis filiæ non ex proprijs*, ex ipsius filiæ bonis dotare censebitur, nec ad aliquid vltra filiæ tenebitur; ergo in voluntate, & potestate patris est dotare de bonis filię, nec tenetur dotare ex proprijs; vt cum iuditio in specie ratiocinando agnoscit Angelus, cons. 209. n. primo, post alios Alciatus, n. 53. in dicta lege prima, ff. soluto matrimonio: frustra enim Iustinianus in dicta lege finali tam latè se defenderet, circa coniecturandam voluntatem patris dotantis: *An ex proprijs, an potius ex filiæ bonis dotare censeretur?* si semper ex proprijs omnino dotare teneretur, nec voluntas patris quidquam posset operari, vulgatum enim est, *quod nihil releuat voluntas hominis vbi necessitas legis operatur*, l. vltima, § itẽ si, ff. nautę caupones:

in

in ſpecie docet Gomecius in.l.50. Tauri, num.21. ad finem, Vulgarinus in dicta lege prima, num.30.

25 Deinde ſe pondera bien por la meſma conformidad, el texto in cap. qui liberos, ff. de ritu nuptiarum, en quanto eſpecialmēte habla delos hijos in poteſtate patris, ex eo, quia como eſtos en aquel tiempo no tenian, ni podian tener, bienes proprios, ex ſæpe citata lege placet, ff de acquirēda hæredit. en ellos procede llanamēte la obligacion de dotar, de q̄ alli ſe trata: Pero delos emancipados, no ſe haze alli mencion, porque comunmente tienen bienes donde ſe dotan; y aſsi aunque la emancipacion no libra a los padres de eſta obligacion, como alli ſe reſuelue por los authores, libralos todavia, ſi tienen bienes proprios, y el padre lo declara, como tambien lo ſupone dicta.l. profectitia, 5. §. Papinianus, ff. de iure dotium, adonde ſe pone la meſma queſtion de cōjectura de voluntad, en el padre curador de la hija emancipada, de cuya cura tenia bienes en poder, y ſolamente ſe dudaua de conjecturar la voluntad, *ex quibus dotata cenſeretur?* Manet ergo, que aquella ley, en qualquiera acaecimiento, es deciſiua de eſte pleyto, en fauor del Conuento.

26 Y mucho mas, conſiderado como debe (aunque no lo aduierte el Abogado) que la conſtituicion de eſta dote, fue en la forma, y terminos de el caſo indubitable, que aquella ley ſupone, hoc eſt, quando el dotador expreſſamente dixo: *Que dota a ſu hija, de los bienes de ſu legitima materna*; porque eſta fue la forma deſta dote, y no la que pienſa el Abogado, quando dixo el dotador, *Que dotaua ex rebus tam ſuis, quàm maternis*, vt in dicta, l. finali; porque aqui es muy diferente, y toda la dote fue dada de la legitima materna, y la paterna ſolamente fue como fiadora, y para en caſo que faltaſſe alguna coſa, como parece de la clauſula referida ſupra num.5. ibi: *Y en eſta dicha dote que aſsi vos doy, entra, y ſe comprehende, la legitima, y herencia, que a la dicha mi hija le pertenece, de la dicha Doña Petronila de Auila ſu madre difunta, y de ſus hermanos difuntos: y lo demas por quenta de la legitima, y futura ſuceſsion, que de mi le pertenece, como a vna de mis hijas, y herederas.* Planè, eſta es la cautela que Iuſtiniano enſeñò, que vſaſſen los padres quando viničſſen a dotar a ſus hijas, *y que non ſe effuſo ſermone iactent*, diziendo, *delos bienes, paternos, y maternos:*

nos, sino con distincion quanto de cada cosa; assi por todos titulos aquel texto prueba el intento del Conuento, y se retuerce contra la otra parte.

27 Nec magis fæliciter, vel appositè, se trae por cerradera de este discurso, la alegacion de la ley cum maritum, C. de procuratoribus, en quanto probaua que el marido no era parte legitima para cobrar las deudas debidas a su muger, ni los deudores que a el sin ella las pagauan, cõseguian liberaciõ: In primis, porque aquella. l. habla de las ditas extra dotem, y adõde por aquel derecho el marido era como estraño; no assi en las tocantes a la dote, y pagadas por el padre, que la constituia por la hija, y mucho mas in potestate, porque en la dote, y en todo lo a ella tocante, el marido, non tam administrator legitimus vxoris, quàm verè dominus iuris cen sura reputabatur, vt notatur in. l. doce ancillam, C. de reivindicatione.

28 Deinde, porque esta alegacion claudica de el pie, que todas las demas; a saber, que son de textos ya difuntos, y abrogados por otros mas modernos; porque de esta calidad, es la ley cum maritum en España, adonde el marido est legitimus administrator omnium bonorum vxoris, y como tal *potest debita exigere pro vxore, & ipsorum recipere solutionem, & eas debitoribus parere liberationem:* in terminis notauit Iason in. l. 3. columna 1. ff. soluto matrimonio: y por la misma razon *paterfamilias habens legitimam administrationem bonorum filij, potest recipere solutionem,* tradit Imola in. l. qui aliena, §. quanquam, ff. de negotijs gestis; & in terminis indiuidualibus in hoc Regno, & attentis ipsius legibus probat Gironda in tractatu de explicatione priuileg. à n. 768. meliùs, & latiùs el señor Don Iuan del Castillo, lib. 4. controuersiarum, cap. 26. n. 22. adonde prueba demonstratiuamente esta verdad, y por ella auerse decidido assi en esta Real Audiencia.

29 Imo, aun esta. l. fin. C. de dotis promissione, y su alegaciõ para este pleyto, no se le escapò al Abogado, de el vicio de estar extincta, y abrogada como las demas, porque es llano que lo està en estos Reynos, en fuerça de que ha cessado en ellos con su derecho nueuo, la causa, y razon de aquella disposicion, la qual era de aquellas palabras, officium paternũ

est dotare liberos, sacadas de la .l. qui liberos, ff. de ritu nuptiarum, cuya razon potissima era, porque inter onera matrimonij, quę ad patrem pertinent, tãquam ad caput familiæ; & ratione dotis, quam ob ea onera recipit. l. pro oneribus, C. de iure dotium. l. dotis fructus, ff. eodem titulo. c. salubriter de vsuris; el primero es dotar a los hijos de aquel matrimonio, y assi se verificã verba dictæ legis vltimæ, ibi: *Paternum officium est dotem pro sua dare progenie*, textus optimus in .l. si quis à liberis, §. non tantùm de liberis agnoscendis, ibi: *Non tantùm alimenta, verum etiam cætera quoque omnia liberorum patrem à iudice cogi præbere rescriptis continetur*. l. si filia 20. §. hoc amplius, ff. familię hęrciscundæ, ibi: *Nec in merito, quia ipse onera matrimonij substinet, integram igitur dotem præcipiet.*

30 Planè, la dote que con esta carga lleuaua el marido, era entera, è illesa, y que todos sus frutos que sobrassen de estas cargas, eran suyos proprios, sin obligacion a comunicar de ellos cosa alguna a su muger; y mucho menos de los suyos proprios de el marido: Totum contrarium, por el derecho de estos Reynos, adonde no solamẽte los frutos de esta dote, sino los de todos sus proprios bienes comunica el marido a su muger, y consequentemente mudada, y quitada de por medio la razon circunstanciada de aquella ley, lo quedaua tambien la mesma ley, y no se quedò aqui, sino que la huuo, como la ay en Castilla, que es la 53. de Toro, que por esta razon dispone, qùe auiendo bienes gananciales del matrimonio, de ellos mesmos se paguen las dotes de las hijas de el mesmo matrimonio, como deuda contraida en el, y q̃ esta se saque, como se sacã todas las demas, antes que llegue a merecer nombre de bienes gananciales de aquel matrimonio.

31 Sed sic est, que en este huuo bienes gananciales, como lo confiessa Doña Agustina en la peticion referida num. 13. y demas de esso en duda, todos los bienes se presumen gananciales de el matrimonio, mientras cada vno de los cõtrayẽtes de el, no prueba capital que aya traido al tal matrimonio, vt probatur in .l. 1. tit. de las ganancias, lib. 5. recopilat. Luego por esta ley de Toro, correctoria de la .l. fin. C. de dotis promissione, en España, se han, y deben regular las dotes

que

que los padres dan a sus hijas, y la obligacion de los bienes de que las deben dotar.
32 Contra lo qual es fribola euasion la que a esta verdad dà el Abogado de Doña Agustina; A saber, que la.l.53. de Toro, habla quando el marido, y la muger, constante el matrimonio, dan, o prometen la dote, a la hija comun, y que aqui fue constituida ya dissuelto el matrimonio, y por solo el padre siendo ya la madre difunta: Porque se excluye facilmẽte, que la dicha ley, y su razon, proceden de la mesma manera en vn caso que en otro; Y assi lo resueluen bien los señores Gregorio Lopez in.l.6.tit.10.partita 5. Præses Couarr. lib.3.variar.cap.19.n.3.cum alijs, vbi aduertunt hanc sentẽtiam esse in iuditiali foro receptam; & his relatis Pater Rebelo de obligationibus iustitię, 2.p.q.5.n.8. Y si lo aduierte, assi lo resuelue Molino de ritu nuptiarum, en el mesmo lugar que de contrario se alega.
33 Sin que sea de consideracion, que comiença aquella ley: *Si marido, y muger durante el matrimonio, casaren algun hijo comũ*; Porque esto fue respecto de ser este el caso mas frequente; y todas las vezes que verba legis sunt posita gratia frequentioris vsus, eam non limitant, neque contrarium inducunt, si ipsius ratio pariter in vno, atq; in alio militat; sed quia aliud minus frequens, positum verò in lege est magis frequens; ideo hoc expresso explicatur illo tacito; de quo est doctrina celebris, glossę verbo Præsidentes.in clementina 1.de rescriptis, quam pro celebri extollunt plures, quos refert, & sequitur Pater Thomas Sanchez, de matrimonio, tom.1.lib. 6.disputatione 19.n.10.
34 Accedit (& hoc est maxime notabile, y que parece quita toda la question excitada por Doña Agustina) que si (como debe) lo considera, aunque fuera muy moderada porcion la de los gananciales, que de el matrimonio de su madre le incumbia en esta dote; todo lo demas se lo vino a dar su padre de sus proprios bienes paternos; respecto de ser hecho constante, y confessado en la dicha peticion, que de este matrimonio auian quedado ocho hijos, y que los quatro eran muertos, cuyas quatro legitimas auia heredado Bernardo de Tobar su padre; y aunque era verdad que por auer passado

do a segundas nuptias tenia obligacion a reseruar a los superstites para en fin desus dias la propriedad, todavia el vsu fructo era suyo, y no tenia obligacion a dar cosa alguna a Doña Agustina, de las quatro legitimas hasta entonces, y el preuenirlo, y representarlo, y darselo desde luego; ya se ve quan considerable es, y quãto le hiziera, y obrara para auer se, y deberse considerar estos bienes, por del padre dotador, y no de la hija dotada.

Secunda Oppositio.

35 DIze, que todo està acabado cõ vna declaracion hecha por Bernardo de Tobar, en su testamento, en que dize, que toda esta dote boluio a entrar en su poder, por muerte de Alõso de Medina su yerno, y que lo que despues le dio en dote con Pedro Parejo, su segundo marido, es lo q̃ se le ha de imputar en las legitimas materna, y paterna, y q̃ auiendose de estar a esta declaracion, dà forma de lo que se debe hazer, y que ha de ser sacar de esta segũda dote los bienes proprios de Doña Agustina, y que lo que quedare se ha de partir por mitad.

Confutatio.

36 INdebidamente pretende el Abogado sacar de esta clausula fruto alguno, tam ex defectu potestatis, quàm ex defectu volũtatis; porque supuesto lo referido, y fundado in præcedentibus, Bernardo de Tobar, en el instante de los instrumentos passados, pagò a su hija, y no le quedò deudor de cosa alguna, y despues ni con su hecho, ni con su dicho, pudo causar perjuyzio alguno a los que en el mesmo instante quedaron sus acreedores, y Doña Agustina lo dexò de ser, ex vulgati regula textus in. l. final. ff. de pactis, iuncta l. debitorum pactionibus, C. eodem tit. y assi importara muy poco que dixera en su testamento, o fuera de el, Bernardo de Tobar, *no obstante las escripturas, y dotaciones que yo he hecho a Doña Agustina mi hija, la Verdad es, que nunca le he pagado la legitima de su madre, y que se la estoy a deber por la primera accion que se la debia a su madre*: Pues esto se desechaua con sola vna palabra,

Vos

vos no sois parte para mudar en fauor de vuestra hija, ni en perjuyzio de vuestros acreedores, lo que ya vna vez hizisteis, a que os obstan las dos reglas de derecho lib. 6. quod semel placuit amplius displicere non potest, & non potest quis mutare consilium in alterius iacturam.

37 Y esto lo sintieron bien, tanto el mesmo Bernardo de Tobar, quanto Doña Agustina su hija, quando por muerte de Alonso de Medina su primero marido, reconocieron que la hija, y no el padre, era la persona legitima q̃ auia de cobrar esta dote, y como tal, como pudiera dar poder a vn merè estraño, se lo dio a su padre, y èl en virtud de este poder la cobrò; de suerte que no le quedò mas contra el, que vna accion ordinaria, personal, mandati, directa, para que le pague lo q̃ en su nombre, y en virtud de este su mãdato huuiere cobrado: Y esta accion personal, que solamente le competia cõtra su padre, ni Doña Agustina la ha intentado, ni està graduada, ni que lo estuuiera, importàra nada, pues no auiẽdo en los bienes de su padre, para pagar a acreedores Reales hypothecarios, ya se ve quan en vano se cansaria; y assi, tãbien resulta el poco fruto q̃ pudiera, y puede sacar de qualquiera declaracion de su padre, ex defectu potestatis.

38 Vlterius, porque quãdo esto cessàra, y la clausula estuuiera mui de otra manera, y huuiera potestad adhuc deficiebat voluntas; la qual en Bernardo de Tobar testador solamente fue, descargar su conciencia, manifestar la verdad, y declarar lo que verdaderamente debia por accion personal a D. Agustina su hija, de aquella dote que en su nombre, y en virtud de su poder auia recibido de los bienes, y herederos de Alõso de Medina, su yerno primero, y para en quenta, y parte de pago de ello, auia dado a Pedro Parejo, su segundo yerno, como bien parece de la clausula, a quien la leyere con bien moderada atencion.

39 Y es mas fribolo que todo, dezir, que el Conuento tiene aprobada esta declaracion, porque la presentò, y alegò, que se auia de estar por ella, y pidio que D. Agustina declarasse como era verdad lo que contenia; Porque esto no necessitaua de respuesta, y consigo mesmo viene a estar conuẽcida D. Agustina, de que siempre procedio en este caso con poca lisura, y encubriendo toda la verdad, de lo que despues ha

parecido, pues que desde su principio nunca hizo mencion de nada, de lo que despues ha parecido, y pretendia legitima enteramente, y aun nunca quiso confessar auer recibido nada por quenta della; y por esta razon el Conuento pidio, que declarasse *lo que avia recibido, y que era aquello que su padre dezia en la clausula, que le auia pagado*, y aun esto, como parece de sus declaraciones, nunca declarò nada cō distincion, y verdad; y aora despues que se halla conuencida con los instrumentos, que han parecido, y tenia ocultados, dize, *que por solo que se lo ayan preguntado, tiene el Conuento aprobado, cosa que le sea prejudicial.* Pudiera su Abogado, poner al pie de esta alegacion algunos derechos en que fundar, que este fue modo de valerse el Conuento, de clausula que tan lexos està, de que diga lo que ella pretende, que antes dize lo contrario: Item, que aũ quando cessasse, este era modo para induzir consentimiento en el letigante, y pidiesse a su contrario la dicha declaracion?

Tertia Oppositio.

40 DIze, que por el texto en la authentica sed quamuis, C. de rei vxoriç actione, siempre es viua la dote de el primero matrimonio, y la obligacion de el padre dotador, y q̃ assi ha de ser en este caso, y que ay en èl vna memorable decision de esta Real Audiencia en fauor de el Doctor Dō Pedro de Abaunça, en el pleyto de los acreedores de Manuel Santos de Saldaña, su suegro, adonde se le dio grado, y prelacion a la hija, en virtud, y con antelacion de la escriptura de la promessa de dote, hecha en el primero matrimonio.

Confutatio.

41 POr lo menos, no se podrà alabar el Abogado de D. Augustina, de que tiene mejor aplicatiua, en los exemplares, que en los derechos, porque en vno, y otro pari pas su ambulat: Y en quanto al derecho, la authentica sed quãuis, ni por mil leguas tiene que ver con el caso de este pleyto, y solamente disponia vna cosa muy fauorable a las hijas contra los padres dotadores; A saber, que si estos, dissol-

uiendose

uiendose el matrimonio de sus hijas por la muerte de sus yernos, recibiessen de sus yernos, y herederos la dote, q̄ les auian dado; aora fuesse en virtud de la patria potestad en q̄ persistian, aunque casadas; aora fuesse en virtud de la estipulacion de auersele de restituir a los padres, puesta al tiempo de la dotacion, y despues sucedia, passar la hija a segundas nuptias, tenia el padre dotador a dar a el segundo yerno, la mesma cantidad de dote, que auia dado al primero; si ya no fuesse, que despues de la recepcion, le huuiesse sucedido a el padre alguna considerable perdida en su hazienda.

42 Pero esto quid ad rem? y para que al caso de este pleyto? adonde se proponen negatiua, y contrariamente ex diametro, todos los terminos, porque ni Doña Agustina estaua en poder de su padre, quando embiudò, ni èl recibio esta dote iure patriæ potestatis, sino como vn estraño procurador de su hija, y en virtud de su poder: ni tampoco en virtud de estipulacion, en que se le huuiesse de restituir a el, porque no fue sino al contrario, que se auia de restituir a ella, y a sus herederos, como parece de la mesma escriptura dotal, ibi: *En tal manera, que dissuelto el matrimonio, entre mi, y la dicha Doña Agustina, por muerte, o vida, o por otro qualquiera de los casos que el derecho permite, ningun hijo, ni hija, ni pariente, ni heredero que yo aya, ni dexe en mi testamento, o fuera de el, no puedan entrar, partir, ni apartar cosa alguna de los dichos nuestros bienes, hasta tanto que la dicha mi esposa sea pagada de la dicha dote, y arras: y si de ella acaeciere finamento antes q̄ de mi, que ella los pueda dexar, y mandar a sus hijos, parientes, herederos, o otros qualesquiera personas que quisiere, y por bien tuuiere; y ella assi dexandolos, y mandandolos, yo me obligo a la paga, y restituicion de ellos, y de los dar, y pagar a la persona que assi los mandare, y dexare, &c.* Y en esta conformidad fue necessario el poder que Doña Agustina dio a su padre, para la cobrança de esta dote, porque de otra manera no legitimaua persona, ni se le pudiera pagar: ergo constante cosa es, que ni Bernardo de Tobar recibio esta dote iure patriæ potestatis, nec iure stipulationis; luego por donde quiere el Abogado de Doña Agustina entrometer aqui la alegacion de la authentica sed quamuis?

43 Vlteriùs, porque quando le dieramos de barato, que se hablàra de aquellos terminos, aun entonces, quid commu-

ne habet,la obligacion que el padre tiene a dotar a su hija en el segundo matrimonio,con la mesma cãtidad de dote q̃ la dotò en el primero,quando por alguno de aquellos dos medios boluio a su poder la primera dote,con la otra question, *Si auiendo pagado el padre a la hija su legitima materna,y con ello extinguido con la paga las acciones hereditarias, a que estaua obligado como deudor de su muger,ayan de reuiuir estas; Porque el padre en virtud de poder,y como qualquiera estraño Procurador de su hija,aya cobrado la tal dote de los bienes,y herederos de su yerno difunto, que se la debia a su hija?* que es nuestro caso: Et hæc en lo que mira a la alegaciõ de la authentica.

44 Nec magis fœliciter se habet,en quanto al exemplar,por que es de la mesma calidad,y el caso de el fue muy distante, porque la escriptura de promessa de dote de el padre,no estaua extinta con paga,ni vulnerada,sino instrumẽto de promessa entero,y la hija casada in facie Ecclesię, con el marido,con quien se prometio; Pero aquel matrimonio fue declarado por ninguno por juyzio de la mesma Iglesia,y la hija,y su segundo,ò (por mejor dezir) vnico marido, que era el Doctor Don Pedro de Abaunça, pedia a los bienes concursados aquella dote; y oponian los acreedores intermedios,que la nulidad de el primero matrimonio, influia tambien nulidad a la promessa de la dote para el mesmo matrimonio,y que se auia caducado,y no recibido para el segundo; Y aora ponderauan bien los Abogados de el Doctor,la razon fundamental,y genuina,de la authentica sed quãuis; A saber,que la mente de la ley que manda dotar,y del dotador que en su execuciõ promete,o dota,es real,y no restringida a primeras,segundas,ni vlteriores nuptias,sino a aquellas que mas tuuieran efecto,y para esto se põderaua por mi (que fui Abogado del Doctor) la authentica sed quamuis, per argumentum à fortiori,pues si ella procede, aun quando la dote boluio a poder del padre dotador, que aunq̃ vna vez la dio,otra la boluio a embolsar;con mucha mayor razon auia de tener lugar en la dote que solamente prometida,nunca salio del poder del padre; Y assi està entera, e illesa la promessa de dote para qualquiera matrimonio, argumento de la regla,y principio vulgar de la authentica mul-

to magis, C. de sacrosanctis Ecclesijs, cum alijs, todo lo qual està muy remoto del caso presente.

Secundus Articulus.

45 QVando no estuuiera en el mundo nada de lo que se ha dicho en el precediente, sino Doña Agustina acreedora de su padre, de su legitima materna, desde el dia y tiempo de los meses de Iulio, y Setiembre de seiscientos y quatro, que Doña Agustina fue casada, y velada con Alonso de Medina, su primero marido; y desde aquel instante salio de la patria potestad, y con ello cessit, & venit dies, para cobrar de su padre, la legitima de su madre, y consequentemente desde aquel dia en diez años, se prescribio la via executiua, en caso que la tuuiera Doña Agustina contra su padre; y desde aquel dia en veinte años, se prescribio la accion personal de esta deuda contra su padre: Y desde aquel dia en treinta años, se prescribio la Real, è hypothecaria contra su padre: Por manera, que despues de tan largo tiempo, y auiẽdo passado muchos mas de treinta años, no pudo pedir cosa alguna Doña Agustina en esta razon, y le obstaua prescripcion de la disposicion de la ley 63. de Toro, odie. l. 6. tit. 15. lib. 4. recopil. de manera que ni pudo ser oyda, ni admitida à su pretension: Y no tiene fundamento la respuesta que se dâ a esto; A saber, que Doña Agustina tiene el dia de oy solamente cinquenta y dos años, y que de estos se han de sacar veinte y cinco, que es el tiempo de su menor edad, y que durante ella no le corrio prescripcion, ex textũ in. l. non est incognitum 3. C. quibus non obijcitur longi temporis præscriptio; y que assi quedan solos veinte y siete años, conque dize, que no ay los treinta que se requieren para prescripciõ de la hypothecaria: Porque no distingue bien el Abogado, y aunque para la prescripcion longi tẽporis subducitur todo el de la menor edad, ex dicta. l. 3. no assi todavia para la prescripcion de longissimo tiempo de treinta, o quarenta años, tanto en las acciones Reales, como en las personales, porque en estas tan solamente subducitur pupillaris ætas,

 vt

vt est textus in terminis clarus, & apertus in.l. sicut tambien 3.C. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorũ, ibi: *Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda; sed pupillari ætate dumtaxat (quamuis sub tutoris defensione consistat) huic eximenda sanctioni.*

46 Y con lo mesmo se responde a dezir, que tambien estuuo impedida por estar casada hasta el año de treinta y quatro, y que no pudo parecer en juyzio, y que este es impedimẽto iuris, contra el qual no corre prescripcion: Porque se exclu ye con la mesma ley, adonde no ay impedimento que tenga cõforme a ella mesma, pues ninguno puede auer mayor, para estar en juyzio, que el de el Pupilo sin su Tutor, y toda via disponen los Emperadores in dicta.l.3. que no lo sea este impedimento para que dexe de correr la prescripcion lõgissimi temporis en que este es priuilegio particular.

Tertius Articulus.

47 ESte tiene muy poca necessidad de respuesta, assi por q̃ si es cierto lo que se acaba de referir, Doña Agustina no fue en esto parte para hazer requerimiento al Cõuento, ni oblacion que le constituyesse en mora: Ni quando fuera parte para ello, lo fue el Padre Fray Iuan de Viuar, Religioso de la Orden de San Frãcisco, y este era acto especial, y especialissimo, y que se auia de hazer al Conuento estando junto en el, en la forma ordinaria, y a campana tañida, y con el dinero presente, y no diziendo que està depositado: Item, auia de ser de toda la cantidad de su credito, que ya se sabe, que la oblacion Real, y aun el deposito efectiuo no siẽdo integro, sin faltarle vn marauedi, ni constituye en mora al acreedor, ni pare liberacion al deudor, ni este transfiere en aquel el peligro y riesgo de la baxa: Item, porque entonces no auia sentencia mas, que de el Ordinario, de que estaua apelado a esta Real Audiencia, y de la mesma manera q̃ de la sentencia de el inferior, no podia pedir execucion para cobrar, tampoco le podian obligar a que cobrasse; Y por que todas estas son doctrinas triuiales, y vulgares, no es necessario alargar con ellas esta alegacion: Antes por ella pa-

rece bien que los dos mil reales que Doña Agustina recibio los ha de boluer a este concurso en la moneda que el dia de oy corre; porque no le pertenecian, y se valio de ellos en tiē po habil.

Ex quibus parece bien fundada la justicia del Conuento, y que se ha de determinar en todo en su fauor; y assi lo espera, salvo, &c.